

*American University Washington College of Law
Center for Human Rights and Humanitarian Law*

VS

ESTADO DE ESMERALDA

MEMORANDUM DE JUEZ*

* El caso hipotético y memorando de juez fueron preparados por Dr. Osvaldo Kreimer. El autor desea agradecer a los siguientes estudiantes de WCL por su trabajo de investigación y ayuda en redacción: David Baluarte, Catherine Croft, Matías Hernández, Paige Graus, Beatriz Pérez Perazzo, Jennifer Podkul, y Laura Rótolo. También desea agradecer el tremendo apoyo del Center for Human Rights and Humanitarian Law de la Coordinadora del Concurso Shazia N. Anwar y la Coordinadora Ejecutiva Hadar Harris.

La traducción de este documento ha sido realizada por el Center for Human Rights and Humanitarian Law de American University Washington College of Law. Apesar de se ha hecho todo lo posible para utilizar los do0 © 2004. Todos los derechos reservados. American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian Law.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	3.....
A.	El foco del Caso Hipotético.....	3.....
B.	Consideraciones Iniciales.....	4.....
II.	CUESTIONES GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL	5.....
A.	Derecho a la Libre Determinación.....	5.....
B.	Aplicación del OIT Convenio 169 y Otros Instrumentos Internacionales en el Sistema de Derechos Humanos Interamericano.....	7.....
C.	Situación de las Comunidades Indígenas en Áreas Nacionales Protegidas.....	9.....
II.	EXCEPCIONES PRELIMINARES	10.....
A.	Consideraciones Preliminares y Derecho Aplicable.....	10.....
II.	MERITOS	12.....
A.	Los Derechos de los Pueblos Indígenas Afectados Sobre los Recursos Naturales Subterráneos en sus Tierras.....	12.....
i.	Consideraciones Preliminares y Derecho Aplicable.....	12.....
ii.	Argumentos de la Comisión.....	14.....
iii.	Argumentos del Estado.....	15.....
B.	Garantías a la Participación y Consulta Para los Pueblos Indígenas Respecto a las Decisiones Sobre el Proyecto Santa Ana.....	16.....
i.	Consideraciones Preliminares y Derecho Aplicable.....	16.....
ii.	Argumentos de la Comisión.....	18.....
iii.	Argumentos del Estado.....	18.....
C.	Falta de Reconocimiento en Tiempo del Pueblo Numa.....	19.....
i.	Definición de Pueblo Indígena.....	19.....
ii.	Consideraciones Preliminares y Derecho Aplicable	19.....
iii.	Argumentos de la Comisión.....	20.....
iv.	Argumentos del Estado.....	21.....

indígenas. Esto en la medida que los principios básicos que rigen las disposiciones del proyecto, incluidos aspectos referentes al artículo XVIII, sean la expresión de principios generales de derecho internacional emanados del sistema interamericano y aplicables dentro y fuera del mismo.

B. Consideraciones iniciales

La Corte Interamericana ha programado una audiencia pública para recibir argumentos orales en el caso de CINE, FELANUMA y otros vs. ESTADO de ESMERALDA respecto a (1) objeciones preliminares; (2) argumentos sobre los méritos; y (3) la solicitud de provisionales sometida conjuntamente con la presentación del caso a la Corte.

La petición que dio origen al presente caso hipotético denunciaba:

- 4 Que la aprobación por el Estado de Esmeralda de una explotación de hidrocarburos en las áreas indígenas de los pueblos Lanta y Numa violaba los derechos de dichos pueblos a los recursos de sus tierras y territorios y generaría daños a su hábitat, su integridad personal y su estilo de vida.
- 4 Que el Estado había violado sus derechos al no darles la participación en el proceso de aprobación de la concesión inicial del proyecto y de las evaluaciones de impacto social ambiental (EISAs) y al haberlas aprobado a través de procedimientos inadecuados.
- 4 Que el Estado había violado el derecho del pueblo Numa y sus integrantes a recibir un reconocimiento en tiempo como "pueblo indígena" y al no haber demarcado y otorgado título legal a las tierras que ocupan antes de la implementación del proyecto.

Los peticionarios sostienen que los hechos denunciados constituyen violaciones a los artículos 1, 5, 16, 21, 23 y 25 de la Convención Americana, artículos XI y XIII de la Declaración Americana, así como los artículos 10 y 11 del Protocolo Opa a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales y el Protocolo de San Salvador (en adelante "Protocolo de San Salvador").

Así mismo consideran que esos derechos deben interpretarse a la luz del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante el "OIT 169"), en particular sus artículos 6, 7, 13, 14, 15 y 16 en lo que se refiere al proceso de consulta; a los artículos 13 y 15 sobre el derecho a decidir sobre sus prioridades para el desarrollo; a los

los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural

Para los pueblos indígenas, el principio de la libre determinación establece un derecho a controlar sus tierras y sus recursos naturales y a participar auténticamente en todo el proceso de decisiones que los afecten. Las declaraciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU en relación con la situación de los pueblos indígenas de Canadá, en la que el Comité ha subrayado “que el derecho de libre determinación exige, entre otras cosas, que todos los pueblos puedan disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales y que no puedan ser privados de sus propios medios de subsistencia”

argumento que la interpretación de los instrumentos del Sistema Interamericano debe hacerse a la luz de estos otros instrumentos internacionales de derechos humanos y de la evolución del derecho internacional. El reconocimiento de este derecho a los pueblos indígenas en su categorización como "libre determinación interna" a los Estados nacionales, es generalmente aceptado.

Por otro lado, el Estado tiene derecho constitucional a la propiedad de los recursos del subsuelo, y la explotación para beneficio de toda la población esmeraldina, incluyendo los pueblos indígenas. Este interés superior del Estado coincide con el reconocimiento a dicha capacidad de decisión que le otorga el OIT Convenio 169 que reconoce específicamente ese derecho y a la vez pone condiciones a su ejercicio. De igual manera lo reconoce el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas aprobado por la Comisión en 1997 y la propuesta del Presidente del Grupo de Trabajo del Consejo Permanente en 2003. Si bien esta Declaración no ha sido adoptada por los cuerpos políticos de la OEA, es el indicador de la posición que la Comisión adoptó y es mantenida por ellos. Los países están liderando la discusión sobre el tema en el seno de los cuerpos políticos de la OEA.

B. Aplicación del OIT Convenio 169 y Otros Instrumentos Internacionales en el Sistema de Derechos Humanos Interamericano

Los órganos del Sistema Interamericano han debatido el uso de otros instrumentos sobre derechos humanos en dicho sistema. En Las Palmeras Excepciones Preliminares, la Corte Interamericana estableció la diferencia entre la aplicación de otros tratados y usar otros tratados como instrumentos de interpretación, permitiendo este último y prohibiendo el primero. Este razonamiento, aunque difícil de comprender, ha sido sostenido por la Corte Interamericana en su jurisprudencia.

La Corte Interamericana ha usado una gran variedad de tratados como herramienta de interpretación, razonando que esta debe considerar la amplia gama de instrumentos sobre derechos humanos existentes para fundar sus análisis y proveer la más completa protección de los derechos establecidos en la Convención y en la Declaración Americana. En *Cantoral Benavides*, Corte estableció que diferentes convenciones pueden reforzarse y complementarse mutuamente para comprender el contenido de un derecho. Al explorar la idea de que el abuso psicológico puede ser considerado tortura a los efectos de la Convención, la Corte recurrió

adoptar medidas especiales para garantizar a sus pueblos indígenas el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin restricciones, así como realizar esfuerzos

cuestiones de derecho contemporáneas a los procedimientos administrativos para el reconocimiento de los Numa y nada después de eso.

La WHC distingue tres tipos de reservas y confiere diferentes tipos de protección para cada uno de ellos. La primera categoría es la de parque nacional de acuerdo con el artículo 11, que abarca fronteras y recursos naturales no explotados. La segunda se refiere a las reservas forestales de acuerdo al artículo 17, que permiten investigaciones científicas, inspecciones de

Se considera que un recurso se ha agotado si ha habido un retardo injustificado en tal proceso. Aunque la Comisión no ha definido los criterios exactos que permiten decidir si un recurso específico se ha agotado o no, ha dicho que un gobierno no puede alegar el no agotamiento de los recursos internos si la investigación interna del caso ha sufrido un retardo injustificado. La Comisión, por ejemplo, ha admitido un caso sobre la violación de la libertad personal en el cual las víctimas fueron procesadas por el Estado durante seis años y detenidas durante más que dos años sin decisión final del tribunal local.²¹ También la Comisión ha admitido un caso que, dos años después de los hechos, todavía se encontraba en la etapa preliminar.²²

Generalmente, se considera la decisión sobre el agotamiento de los recursos internos, por las reglas de procedimiento (artículo 31), una que cae exclusivamente en el poder de las autoridades.

Esmeralda son accesibles y efectivos. En segundo lugar, las autoridades continúan los trámites pertinentes para el eventual reconocimiento de los Numacomo pueblo y de sus derechos a las

los principios legales internacionales aplicables en el contexto de los derechos los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los indígenas incluyen:

- el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes;
- el reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente;
- en los casos en que los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas deriven de derechos previamente existentes a la creación de sus Estados, el reconocimiento por los Estados de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas que ese título sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien. Esto también implica el derecho a la indemnización en caso de que esos derechos de propiedad y uso sean perdidos irrevocablemente.

El OIT Convenio 169 por su parte, en consonancia con toda la doctrina y el derecho internacional al respecto, señala que “los gobiernos deberán respetar la especial importancia que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan tradicionalmente”.

culturas, de su vida espiritual, de su integridad y de su supervivencia económica. No es solo una cuestión de posesión y producción sino un elemento espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a generaciones futuras.³⁴ El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta para los efectos de que se trata como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.³⁵

Se aplica al presente caso lo ordenado por la Corte en el caso *Awas Tingi* que se refiere a los derechos a las tierras, territorios y recursos. En otras palabras, la Corte debería ordenar que Esmeralda delimite, demarque y confiera títulos a las tierras de los Numa lo más pronto posible, con su plena participación y tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de la Comunidad Numa. Mientras no se hayan delimitado, demarcado y titulado esas tierras, Esmeralda debe abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, incluyendo contratistas, afecten la existencia, valor, uso o goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los Numa.³⁶

iii. Argumentos del Estado

El Estado alegará respecto al derecho de propiedad que existen circunstancias específicas que sitúan el reclamo de los Numa fuera del ámbito ordinario de los derechos de los pueblos indígenas. La comunidad Numa es un grupo de indígenas resultante de una segregación comunal y de un desplazamiento en búsqueda de nuevas tierras. Se encuentra en posesión precaria de las mismas, pero no poseen carácter ancestrales.

ii. Argumentos de la Comisión

La Comisión sostendrá que en la consideración del Proyecto Santa Ana y en las decisiones respecto al mismo no se ha consultado adecuadamente a los pueblos indígenas. El Estado ha violado los artículos 23, y 25 de la Convención Americana.

En particular, argumentará que la decisión de considerar al Proyecto de interés prioritario nacional, sin consultar en lo absoluto ni a los Lanta ni a los Numa, fue establecida por los órganos políticos de Esmeralda sin participación de las autoridades o representantes indígenas. Las consultas realizadas respecto a las Evaluaciones de Impacto Ambiental y Social fueron realizadas sin la preparación previa de dichos pueblos y sus autoridades, para que tuvieran la capacidad de entender los complejos temas técnicos que involucra la exploración y explotación de ese tipo, y para poder anticipar sus daños e impactos sobre la vida social, productiva, espiritual y sobre el hábitat indígena.

La Comisión argumentará que las actividades de exploración incluyen estudios sísmicos que implican explosiones múltiples y cercanas una a otra que deben efectuarse en toda la zona cubierta por la concesión para ubicar los yacimientos y áreas de perforación, y que son extremadamente disruptivas para la vida de los indígenas, y de la fauna de esas áreas. Las actividades de apertura de la trocha de pasaje de los oleoductos a causar numerosos daños a las forestas de las tierras indígenas por las que atraviesan, así como el establecimiento de las áreas permanentes de explotación, las descargas de materiales, gases, etc., con la consiguiente contaminación de cursos de agua, napas de aguas, del aire y de la tierra.

De la misma manera, el transporte de los materiales para la exploración y explotación, que implican centenares de toneladas de equipo y maquinaria, se hará por el río lo que además de ocasionar contaminación de sus aguas, diezmará y ahuyentará a los peces que son parte esencial de la dieta de los indígenas, así como otras interrupciones como ruidos a toda hora y oleajes peligrosos para la navegación en canoa.

iii. Argumentos del Estado

Con respecto a las comunidades Numa han sido consultadas con la misma metodología que el resto de las comunidades Lanta, y sus planteos y sugerencias han sido tomados en cuenta en la revisión de las EISA en igualdad de condiciones.

las informaciones y opiniones necesarias para su adecuada comprensión e intervención. De dichas consultas salieron numerosas propuestas, que fueron tomadas en cuenta por las autoridades y llevaron a la modificación de las EISA en numerosos aspectos. Las EISA contienen previsiones para evitar o minimizar el impacto de las actividades del proyecto de manera que las mismas en ningún caso causen daños importantes o esenciales que modifiquen la naturaleza o estilo de vida de los pueblos indígenas afectados.

El Gobierno señalará también que ha preparado también en consulta con los pueblos indígenas, protocolos que rigen las actividades del Proyecto Santa Ana (o similares) para regular las actividades de la exploración, transporte, descargas, explotación para cumplir con los estándares internacionales respectivos. Además, los propios pueblos indígenas tendrán un rol directo en el monitoreo de las actividades del proyecto, con la capacidad de denunciar irregularidades o prevenir situaciones negativas. Las consultas continuaran a lo largo de todo el proceso de

La Comisión también argumentará que, como resultado de las deficiencias y negligencias por el Estado en el trámite administrativo de reconocimiento solicitado por el pueblo Numa, a más de ocho años de iniciado no ha habido aún decisión respecto a un hecho fáctico como es su existencia como un pueblo diferente. El Estado requiere estudio tras estudio, investigación tras investigación, testimonio tras testimonio que retrasan innecesariamente la decisión y obligan en muchos casos a los peticionantes administrativos a solicitar ellos mismos estudios científicos para establecer científicamente y objetivamente su posición y derechos. Esto constituye un retardo injustificado en el proceso para reconocer los Numa y que el Estado tiene la responsabilidad de cumplir con el artículo 16 para asegurar a los Numa sus derechos de propiedad y a ser grupo reconocido por el gobierno para realizar su derecho a participación.

Esa falta de reconocimiento les impide ejercer sus derechos, entre ellos el de obtener la propiedad de sus tierras, territorios y recursos. Sin título sobre sus tierras, no pueden realizar con seguridad jurídica las mejoras para su desarrollo y mantienen una situación precaria. Esa misma situación les ha impedido ejercer acciones de amparo u otras, para evitar que indígenas no establezcan aldeas en territorio que ellos ocupan. En particular ese retardo administrativo les impide negociar y defender sus derechos frente a la concesión de explotación de hidrocarburos. Además, durante ese tiempo, el Estado ha aprovechado la indefinición para con sus planes de concesión en el Proyecto Santa Ana.

El Estado trata con las autoridades Lanta y negocia con ellos, mientras que a los Numa simplemente los consulta como otras comunidades más del pueblo Lanta. Dado que parte de la concesión y el yacimiento están en tierras de los Numa que los Lanta no comparten, esto hace que los Numa no puedan defender adecuadamente sus derechos. Por otro lado, el Estado no está protegiéndolos adecuadamente.

iv. Argumentos del Estado

El gobierno comenzó el proceso administrativo para reconocer los Numa en 1995 para conformar con la ley 575, y el mismo se está llevando a cabo con todas las garantías de imparcialidad y objetividad. El Estado cuenta con un trámite legal ordenado al reconocimiento de un "pueblo indígena", y los autodenominados Numa están ejerciendo normalmente su derecho a peticionar en ese sentido. Este es un proceso efectivo, pero complicado.

El origen de los Numa al separarse en época contemporánea de los Lanta por naturaleza de sus actividades previas en el territorio al Este del río obliga a estudios especiales que necesariamente retrasan el trámite de reconocimiento. Dicho trámite ha funcionado efectivamente y en plazo corto para otros casos "normales" inclusive el de reconocimiento de los Lanta. Si los Numa fuera un pueblo indígena constituido inmemorialmente, con una cultura propia netamente distintiva, con los típicos rasgos distintivos de una cultura diferenciada como un lenguaje propio, ceremonias, historias, formas de organización, etc., hubiera sido simple probar su carácter de pueblo distinto.

La Corte no puede comparar esta situación con Awas Tingpi es mucho más complicado y tiene que ser juzgado con estándares diferentes, estándares desarrollados específicamente para esta situación. El tiempo transcurrido está más que justificado teniendo en cuenta los estudios que deben realizarse, y más aun es una prueba de que el Estado les da todas las oportunidades para preparar nuevas evidencias o estudios, y que el Estado hace todos los esfuerzos para obtenerlos de manera científica. El problema está relacionado con la dificultad en

